

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Envoi de publicité par courrier électronique

Demoulin, Marie

*Published in:*

Le Droit des Affaires = Ondernemingsrecht

*Publication date:*

2004

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Demoulin, M 2004, 'Envoi de publicité par courrier électronique: quelques problèmes prévisibles, note sous Comm. Nivelles, 26 novembre 2003', *Le Droit des Affaires = Ondernemingsrecht*, Numéro 70, p. 97-103.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## **Comm. Nivelles (cessation), 26 novembre 2003**

COMMERCE ELECTRONIQUE — PUBLICITE — SPAMMING — CONSENTEMENT — MESURES TRANSITOIRES

*L'article 14 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information ne précise pas la forme que doit revêtir le consentement préalable du destinataire de publicités par courrier électronique. Il peut donc s'agir d'un consentement implicite.*

*L'article 14 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information autorise implicitement les sociétés de publicité électronique à prendre un premier contact avec toutes les personnes qui figuraient dans leurs fichiers de prospects avant l'entrée en vigueur de la loi, ces personnes étant présumées avoir tacitement donné leur consentement. Cependant, ces sociétés se voient interdire tout autre envoi dès réception d'un avis de refus de publicités 'pour l'avenir'.*

### **Note**

#### **Envoi de publicités par courrier électronique : quelques problèmes prévisibles**

##### **1. Faits et procédure**

La société 6MYK propose des services de référencement sur Internet, c'est-à-dire des services permettant à des sites web d'apparaître dans les premiers résultats des moteurs de recherche et des annuaires les plus couramment utilisés par les internautes, afin de mieux se faire connaître sur la toile et d'attirer des clients potentiels.

En mai 2003, ce prestataire constate que des personnes figurant dans son fichier de clients ont reçu des messages publicitaires de l'un de ses concurrents, la société Web-Age. Or, peu de temps auparavant, Monsieur C., un ancien employé de 6MYK, était entré au service de Web-Age en qualité d'agent commercial indépendant. 6MYK en conclut que C. a illicitement copié son fichier de contacts et l'a mis à la disposition de Web-Age.

6MYK adresse donc un e-mail aux personnes de son fichier, les informant de ses soupçons et leur demandant de lui confirmer par e-mail que Web-Age a bien pris contact avec eux pour leur proposer ses services de référencement, sans leur consentement préalable. Suite à cette demande, 19 personnes lui confirment avoir été contactées par son concurrent.

6MYK intente alors une action en cessation devant le tribunal de commerce de Nivelles, principalement du chef de pratiques commerciales déloyales (art. 93 de la loi sur les pratiques du commerce<sup>1</sup>) et d'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique (art. 14 de la

---

<sup>1</sup> Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après LPC), *M.B.*, 29 août 1991.

loi sur les services de la société de l'information<sup>2</sup>). Elle demande au président du tribunal de constater les pratiques illicites et d'interdire à Web-Age, sous peine d'astreinte, d'utiliser à l'avenir son fichier de contacts, *a fortiori* pour envoyer des messages publicitaires non sollicités.

Web-Age conteste les faits : elle admet avoir envoyé un courrier électronique publicitaire à de nombreuses personnes, mais affirme que leurs coordonnées ont été obtenues dans le cadre de son activité professionnelle, et non suite à une appropriation illicite du fichier de contacts de 6MYK. Elle précise à cet égard que, vu la taille limitée du marché belge, il est vraisemblable que certaines adresses se retrouvent dans le fichier de contacts de plusieurs sociétés proposant un tel service de référencement.

## 2. Position du problème et décision du juge

Nous ne nous attarderons pas ici sur la décision du juge au regard de la LPC et des prétendues pratiques déloyales de Web-Age. A cet égard, le juge estime, compte tenu du peu d'éléments probants apportés par 6MYK, que l'appropriation illicite de son fichier de clientèle par Web-Age n'est pas démontrée à suffisance. En effet, seules 19 personnes sur les 12.000 du fichier litigieux sont mentionnées par 6MYK. Le juge souligne en outre que ces 19 personnes sont pour la plupart des amis ou des relations personnelles de 6MYK, et non de simples clients, ce qui invite à examiner leur témoignage avec circonspection. Par ailleurs, l'existence de contacts communs aux deux sociétés peut s'expliquer du fait que, d'une part, ces dernières sont actives dans le même domaine sur un marché restreint, d'autre part, Monsieur C. aurait noué des relations d'affaires avec un certain nombre de personnes pendant qu'il travaillait pour 6MYK.

Plus délicate est la question de la violation de l'article 14, § 1<sup>er</sup>, de la LSI, disposant que « l'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages ».

Lorsqu'il examine si Web-Age s'est rendue coupable de *spamming* en violation de la loi, le juge en cessation se heurte à un double problème : d'une part, la loi ne précise pas la forme que peut revêtir ce consentement, d'autre part, elle ne met en place aucun régime transitoire pour régulariser les fichiers constitués avant son entrée en vigueur. Face au silence de la loi, le juge estime d'abord que le consentement préalable du destinataire peut être implicite. Il constate ensuite que la loi se contente de poser le principe de l'interdiction de l'envoi de messages publicitaires non sollicités par courrier électronique (art. 14, § 1<sup>er</sup>) et le principe du droit d'opposition de la personne concernée (art. 14, § 2<sup>3</sup>). Et le juge d'en conclure que la loi autorise implicitement les sociétés de publicité électronique à prendre un « premier contact » avec toutes les personnes qui figuraient dans leurs fichiers de prospects avant l'entrée en vigueur de la loi, ces personnes étant présumées avoir tacitement accepté de recevoir des messages publicitaires sous l'ancien régime, puisqu'elles ont renseigné leur adresse électronique sur un site web ou l'avaient communiquée d'une autre manière à des sociétés de

---

<sup>2</sup> Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après LSI), *M.B.*, 17 mars 2003.

<sup>3</sup> Article 14, § 2, de la LSI : « Lors de l'envoi de toute publicité par courrier électronique, le prestataire : 1° fournit une information claire et compréhensible concernant le droit de s'opposer, pour l'avenir, à recevoir les publicités ; 2° indique et met à disposition un moyen approprié d'exercer efficacement ce droit par voie électronique. Sur proposition conjointe du Ministre qui a la Justice dans ses attributions et du Ministre qui a les Affaires économiques dans ses attributions, le Roi détermine les modalités selon lesquelles les prestataires respectent la volonté du destinataire de ne plus recevoir des publicités par courrier électronique ».

publicité ou à leurs employés. Par contre, ces sociétés doivent immédiatement cesser tout envoi lorsqu'une personne leur notifie son souhait de ne plus recevoir de telles publicités « pour l'avenir ». Le juge estime dès lors que dans ces circonstances, Web-Age n'a pas violé la LSI en envoyant des messages publicitaires aux personnes se trouvant dans son fichier.

### 3. Considérations critiques

Dans le cadre de la présente note, nous focaliserons notre attention sur les considérations du juge relatives à la loi du 11 mars 2003, non seulement parce qu'elles constituent la première interprétation jurisprudentielle du nouveau régime mis en place pour l'envoi de publicités par courrier électronique, mais aussi parce qu'elles nous semblent largement sujettes à caution.

#### 1. Le contexte

Pour rappel, le régime mis en place par le législateur belge tient compte de la directive vie privée et communications électroniques du 12 juillet 2002<sup>4</sup>, qui impose aux Etats membres un régime de *soft opt-in*, c'est-à-dire une interdiction de principe d'envoyer des messages publicitaires par voie électronique (*opt-in*), tempérée par quelques exceptions (*soft*). Dans le système belge, le principe de l'*opt-in* est posé par l'article 14, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la LSI, tandis que les exceptions sont prévues par l'arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique<sup>5</sup>.

Ce régime vise à lutter contre le phénomène bien connu du *spamming*, afin de garantir la loyauté et la transparence dans les pratiques de marketing direct par e-mail. Il ne porte pas préjudice à la législation d'ordre général protectrice de la vie privée<sup>6</sup>, qui a vocation à s'étendre à tous les secteurs d'activité, en raison de son champ d'application horizontal. Le régime établi en matière de *spamming* fixe cependant des exigences supplémentaires, afin de s'assurer de la qualité du consentement recueilli auprès de la personne concernée pour l'envoi de publicités par courrier électronique. Ainsi, quand un prestataire collecte des adresses e-mail à des fins de marketing direct, il doit désormais obtenir le consentement préalable, libre, spécifique et informé de la personne concernée. Il ne peut plus se passer de ce consentement en invoquant la réalisation d'un intérêt légitime, mis en balance avec l'intérêt, les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée (art. 5, f, de la loi vie privée).

L'article 14 de la LSI doit donc être envisagé, selon nous, à la lumière d'un faisceau de dispositions légales et réglementaires belges, elles-mêmes inspirées du droit européen.

#### 2. La validité d'un consentement implicite

L'article 14, § 1<sup>er</sup>, de la LSI dispose que le consentement préalable à recevoir des publicités par courrier électronique doit être « libre, spécifique et informé ». La loi ne précise pas

---

<sup>4</sup> Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.*, n°L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

<sup>5</sup> *M.B.*, 28 mai 2003. Cet arrêté royal a été adopté en exécution de la LSI, qui autorise le Roi à prévoir des exceptions au principe du consentement préalable (art. 14, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de la LSI).

<sup>6</sup> Notamment la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (ci-après, « loi vie privée »), *M.B.*, 18 mars 1993, modifiée par la loi du 11 décembre 1998 transposant la directive du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *M.B.*, 3 fév. 1999.

davantage la forme que doit revêtir ce consentement (oral ou écrit, implicite ou explicite). Toutefois, les travaux préparatoires de la loi ajoutent : « conformément à l'article 1<sup>er</sup>, § 8, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard du traitement de données à caractère personnel »<sup>7</sup>. Cette dernière est en effet applicable lors de la collecte d'adresses de courrier électronique et d'autres données à caractère personnel à des fins de marketing direct par e-mail<sup>8</sup>.

Or, il est généralement admis, en matière de vie privée<sup>9</sup> comme en droit commun<sup>10</sup>, que toute manifestation de volonté peut constituer un consentement. Partant de ce postulat, un consentement implicite (ou tacite) à recevoir des publicités par courrier électronique pourrait effectivement être valable, comme l'affirme la décision commentée.

Cela ne signifie pas pour autant que ce consentement puisse être obtenu n'importe comment. En tout état de cause, les méthodes de collecte des adresses de courrier électronique doivent garantir que le consentement à recevoir des publicités par courrier électronique est libre, spécifique et informé. De manière générale, le traitement des données doit en outre être loyal, selon un principe bien connu de la législation vie privée.

Par ailleurs, à l'instar du silence en droit commun, il nous semble que la démarche réalisée par l'internaute doit être « circonstanciée » pour qu'on puisse en déduire que ce dernier a consenti à ce qu'on lui envoie des e-mails publicitaires. Comme DE PAGE le souligne, pour être valide, « la volonté, quoique tacite, doit néanmoins être réelle, *certaine* »<sup>11</sup> ; la loi vie privée, quant à elle, parle de consentement *indubitable*<sup>12</sup>. Quoi qu'il en soit, un consentement implicite pourrait être indubitable<sup>13</sup>. Il n'y a pas là antinomie.

En réalité, la principale difficulté pouvant se poser en présence d'un consentement implicite ou tacite est « de savoir si, à raison du caractère imprécis de cette manifestation, il y a réellement eu volonté »<sup>14</sup>. Le problème est donc essentiellement lié à la preuve du consentement, non à sa validité. Or, rappelons qu'en vertu de l'article 14, § 4, de la LSI, la preuve de l'obtention du consentement dans le respect de la loi incombe au prestataire. Même

---

<sup>7</sup> Voy. le commentaire de l'article 15 du projet de loi (devenu l'article 14 de la loi) sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, p. 38 (ci-après, « l'exposé des motifs »).

<sup>8</sup> Voy. le considérant n° 17 de la directive vie privée et communications électroniques, qui précise que « Aux fins de la présente directive, le consentement d'un utilisateur ou d'un abonné (...) devrait avoir le même sens que le consentement de la personne concernée tel que défini et précisé davantage par la directive 95/46/CE ».

<sup>9</sup> L'article 1<sup>er</sup>, § 8, de la loi vie privée définit en effet le consentement de la personne concernée comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». Voy. aussi D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, R & P, n° 30, Anvers, Kluwer, 2001, p. 61, n° 86 et p. 129, n° 170 ; Th. LEONARD et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution. La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/C.E. du 24 octobre 1995 », *J.T.*, 1999, n° 7, p. 379.

<sup>10</sup> Sur les manifestations du consentement en droit des obligations, voy. notamment H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., 1962, p. 38, n° 24 et t. III, 3<sup>e</sup> éd., 1967, pp. 528-529, n° 523 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *Traité de droit civil* sous la direction de J. GHESTIN, t. II, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 299 et s., n°s 282 et s.

<sup>11</sup> H. DE PAGE, *Traité*, t. III, p. 528, n° 523, note 1.

<sup>12</sup> Art. 5, a, de la loi vie privée.

<sup>13</sup> En ce sens également, M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, Th. LEONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire », *J.T.D.E.*, 1997, p. 147, n° 40 ; F. RIGAUX, « Libre circulation des données et protection de la vie privée dans l'espace européen », in P. TABATONI, *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, P.U.F., 2000, t. II, pp. 31-32.

<sup>14</sup> H. DE PAGE, *Traité*, t. III, p. 528, n° 523.

si le texte n'exige pas le recours à la preuve littérale<sup>15</sup>, le juge sera nécessairement plus facile à convaincre si le consentement a été donné de manière explicite (p. ex., par écrit).

En l'espèce, le juge aurait donc dû examiner, au vu des éléments de preuve fournis par Web-Age, si les conditions susmentionnées étaient réunies pour se prononcer sur l'existence et la validité du consentement prétendument obtenu. A cet égard, on ignore quels sont exactement les arguments avancés par Web-Age, hormis le fait qu'elle a obtenu ces adresses de courrier électronique « dans le cadre de son activité professionnelle » (ce qui, pour une société de marketing, peut signifier la mise en œuvre d'une grande variété de méthodes). Toujours est-il que le juge, estimant qu'un consentement implicite devrait pouvoir suffire, ne s'est guère préoccupé de vérifier si, en l'espèce, le consentement (même tacite) des personnes concernées était bien préalable, indubitable, libre, spécifique, informé et loyalement obtenu.

Au contraire, le juge conclut un peu hâtivement à l'existence d'un consentement tacite dans le chef des personnes qui « renseignent leur adresse électronique sur un site web ou l'avaient communiquée d'une autre manière à des sociétés de publicité ou à leurs employés ». Or, le simple fait d'indiquer son adresse de courrier électronique sur un site web (p. ex. lors de l'enregistrement sur le site, en remplissant un formulaire...) ne peut certainement pas être interprété, d'emblée et sans autres indices, comme un consentement implicite à recevoir de la publicité par courrier électronique à cette adresse. Par ailleurs, si les personnes concernées avaient communiqué « d'une autre manière » leurs coordonnées électroniques à une société de publicité, il convenait, en tout état de cause, d'examiner dans quelles circonstances cette donnée personnelle a été fournie ou collectée avant d'en conclure à l'existence d'un consentement valide. Comme chacun sait, il existe en effet des procédés de collecte illicite ou déloyale des adresses de courrier électronique.

Encore le juge ne se borne-t-il pas à constater *in casu* l'existence d'un consentement dans les hypothèses précitées : il le *présume*. Son affirmation, pour le moins péremptoire, prend ainsi des allures de règle générale, puisque « toutes les personnes » figurant dans les anciens fichiers des « sociétés de publicité électronique » sont « présumées avoir tacitement accepté (...) », ce qui dépasse largement le cas particulier soumis au juge. Au vrai, la décision semble pratiquement poser une présomption de consentement jusqu'à preuve du contraire, en contradiction avec l'article 14, § 4, de la loi, voire avec le principe même de l'*opt-in* (cf. *infra*).

## ***2. Les exceptions au principe du consentement préalable***

Notons encore que le juge fait totalement abstraction de l'arrêté royal du 4 avril 2003, qui met en œuvre l'article 14 de la LSI et qui prévoit notamment un certain nombre d'exceptions au principe du consentement préalable.

Pour rappel, en vertu de cet arrêté royal, il n'est pas nécessaire d'obtenir un consentement préalable pour envoyer des publicités par courrier électronique à ses clients, lorsqu'on a obtenu licitement leur adresse électronique, directement auprès d'eux, dans le cadre de l'achat d'un produit ou d'un service. Le prestataire peut alors utiliser cette adresse pour faire parvenir à ses clients des publicités, à condition que ces dernières concernent des produits ou services analogues que lui-même fournit (art. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de l'AR). Une autre exception est prévue lors de

---

<sup>15</sup> Les travaux préparatoires de la loi précisent d'ailleurs que « Les prestataires peuvent prouver l'obtention du consentement par tout moyen, étant donné qu'il s'agit d'apporter la preuve d'un fait, y compris par présomption, par témoignage, ... » (Exposé des motifs, p. 39).

l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique à des personnes morales, lorsque les coordonnées électroniques utilisées sont impersonnelles (art. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>).

Manifestement, le juge a omis d'examiner si, en l'espèce, la société Web-Age ne pouvait pas se prévaloir de ces exceptions. Or, la question aurait mérité d'être envisagée, puisque Web-Age prétend avoir obtenu ces adresses dans le cadre de son activité professionnelle.

### **3. Le sort à réserver aux fichiers constitués avant l'entrée en vigueur de la loi.**

En l'absence de régime transitoire mis en place par la loi, se pose la question délicate du sort à réserver aux fichiers de prospects constitués avant son entrée en vigueur. A cet égard, on a assisté, depuis la publication de la loi, à une véritable levée de boucliers de la part du secteur du marketing direct, estimant que la loi sonnait ainsi le glas de leur activité. Pourtant, c'était à prévoir : depuis plusieurs mois déjà, la publication de la directive vie privée et communications électroniques<sup>16</sup> avait annoncé la couleur du *soft opt-in*. Par ailleurs, on sait de source sûre que les représentants du secteur du marketing direct ont été abondamment consultés au cours des mois précédant l'élaboration de l'arrêté royal du 4 avril 2003. Le régime choisi par le législateur belge n'a donc pu les prendre par surprise. Cependant, on peut déplorer qu'aucune période transitoire, ni aucune procédure, n'aient été prévues par la loi afin de permettre aux entreprises du secteur de régulariser les fichiers de prospects qu'elles utilisaient avant l'entrée en vigueur de la loi<sup>17</sup>.

La position des sociétés de marketing est d'autant plus inconfortable qu'il ne leur semble pas permis de recourir au courrier électronique pour solliciter le consentement du destinataire du message. En effet, même si la loi ne souffle mot quant aux procédés concrets à mettre en œuvre pour obtenir ce consentement, ses travaux préparatoires précisent que « vu la philosophie et les objectifs qui sous-tendent l'*opt-in*, il ne serait guère admissible que le consentement à recevoir des publicités par courrier électronique soit demandé par courrier électronique. Une telle pratique s'apparenterait à du *spamming*. L'accord devra donc être obtenu par d'autres moyens, moins intrusifs et suscitant davantage la confiance »<sup>18</sup>.

D'un point de vue théorique, on aperçoit que la rigueur de ce raisonnement vise avant tout à protéger l'édifice mis en place par le législateur : en permettant aux annonceurs de solliciter un consentement préalable par courrier électronique, on pourrait craindre, en effet, qu'une telle possibilité soit rapidement détournée et que, sous prétexte de demander le consentement, l'annonceur glisse dans son e-mail des éléments à caractère promotionnel. On se trouverait ainsi face à une publicité déguisée et non sollicitée, mettant ainsi à mal tout le régime d'*opt-in* établi<sup>19</sup>. Toutefois, d'un point de vue pratique, on comprend l'embarras de certaines sociétés

---

<sup>16</sup> Publiée, rappelons-le, en juillet 2002.

<sup>17</sup> Une telle période transitoire n'aurait d'ailleurs pas été en contradiction avec la directive vie privée et communications électroniques, dont le délai de transposition était fixé au 31 octobre 2003. La Belgique aurait dès lors pu prévoir un régime transitoire jusqu'à cette date, accordant ainsi un sursis de près de 7 mois aux sociétés de marketing, délai largement suffisant pour se mettre en règle. Comme le souligne le juge, la future loi française pour la confiance dans l'économie numérique accordera aux détenteurs des fichiers déjà constitués un délai de six mois, à partir de la publication de la loi, pour solliciter le consentement des consommateurs par courrier électronique. Cependant, un tel régime transitoire, postérieur à la date limite de transposition de la directive, risque bel et bien d'être considéré comme contraire au droit communautaire.

<sup>18</sup> Exposé des motifs, p. 38.

<sup>19</sup> Relevons que la position de l'exposé des motifs est en totale conformité avec l'avis n° 5/2004 du Groupe 29 sur la protection des données, du 27 février 2004, portant sur les communications de prospection directe non sollicitées selon l'article 13 de la Directive 2002/58/CE, p. 5, disponible à l'adresse :

de marketing devant le choix douloureux qui s'offre à elles : mettre en œuvre des procédés parfois coûteux pour obtenir le précieux consentement ou se débarrasser d'une bonne partie de leurs anciens fichiers, faute de les avoir régularisés. Une raison de plus de regretter qu'aucun régime transitoire ne soit venu tempérer l'inflexibilité du principe<sup>20</sup>.

Dans le cas d'espèce, un tel regret semble largement partagé par le juge, qui essaye d'y remédier par un raisonnement pour le moins obscur. Après avoir constaté l'absence de régime transitoire dans la loi, il rappelle que l'article 14 de la LSI prévoit, d'abord, une interdiction d'envoyer des publicités par courrier électronique sans le consentement préalable (§1<sup>er</sup>), suivie d'une obligation, pour le prestataire, d'informer le destinataire de son droit de s'opposer à recevoir de tels messages à l'avenir, et de mettre à sa disposition les moyens d'exercer ce droit (§2). Sans autres explications, le juge en conclut purement et simplement que la LSI « autorise implicitement les sociétés de publicité électronique à prendre un premier contact avec toutes les personnes figurant dans leurs fichiers avant l'entrée en vigueur de la loi », ces personnes étant présumées avoir tacitement donné leur consentement sous l'ancien régime, en laissant leur adresse électronique sur un site web ou en la communiquant d'une autre manière à des sociétés de publicité. Par contre, ces entreprises se voient interdire tout autre envoi dès que la personne concernée exerce son droit d'opposition.

On aperçoit mal en quoi la loi pose une telle autorisation implicite. Certes, à supposer que le consentement des personnes concernées existe et remplisse les conditions légales, la loi autorise les sociétés de marketing direct à leur envoyer des publicités par courrier électronique. Pareille autorisation résulte simplement d'une lecture *a contrario* de l'article 14, § 1<sup>er</sup>, de la loi. Mais nous avons déjà critiqué l'affirmation selon laquelle on pouvait conclure, d'emblée et de manière aussi générale, à l'existence d'un consentement implicite valable dans les circonstances visées ici. Pire, présumer l'existence d'un tel consentement, dans ces hypothèses, revient à autoriser les sociétés de marketing à envoyer des publicités par courrier électronique aux personnes figurant dans leurs fichiers, sauf opposition de leur part. A bien y regarder, un tel système s'apparente purement et simplement... à de l'*opt-out* !

Dès lors, il semble que cette décision pose un régime transitoire non prévu par la loi, et même contraire à son esprit. Même si l'on peut regretter que la loi ait négligé le sort des fichiers constitués avant son entrée en vigueur, force est de constater que les sociétés de marketing ne

---

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/privacy/docs/wpdocs/2004/wp90\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2004/wp90_fr.pdf).

<sup>20</sup> Sensible au problème, la Commission de protection de la vie privée avait néanmoins mis en place un système permettant à ces sociétés de régulariser leurs anciens fichiers. A titre exceptionnel, du 29 octobre au 31 décembre 2003, il était possible d'envoyer aux personnes figurant dans les anciens fichiers de prospects un courrier électronique (selon un modèle imposé par la Commission) sollicitant leur consentement à recevoir des publicités par courrier électronique. La Commission entendait ainsi rencontrer la bonne foi des fournisseurs de services électroniques, dans la mesure où ils avaient collecté loyalement les données figurant dans leurs anciens fichiers, afin de leur « donner une chance de préserver une base de données qui a demandé un investissement certain et ainsi contribuer à l'équilibre entre l'intérêt légitime des uns et des autres ». Le document en question précisait toutefois : « La Commission ne peut bien sûr que s'engager elle-même, et non d'autres instances, comme le SPF Affaires économiques ou les autorités judiciaires, si celles-ci venaient à être saisies directement par une plainte ou une dénonciation. Elle réserve son attitude conciliante à l'égard des seuls fournisseurs qui ont collecté loyalement les données avant le 11 mars 2003 et qui utilisent une dernière fois avant le 31 décembre 2003 ces données uniquement en vue d'obtenir le consentement des personnes concernées ». Voy. le document disponible sur le site de la Commission de la protection de la vie privée, à l'adresse <http://www.privacy.fgov.be/actualites/Reglementation.pdf>.



peuvent plus utiliser les anciens fichiers qui n'ont pas été établis selon le principe du consentement préalable, à moins qu'ils soient adaptés à ce principe<sup>21</sup>.

Marie Demoulin  
Assistante aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur  
Chercheuse au Centre de Recherches Informatique et Droit

---

<sup>21</sup> Cela ressort d'ailleurs clairement de l'avis 5/2004 du Groupe 29, du 27 février 2004, portant sur les communications de prospection directe non sollicitées selon l'article 13 de la Directive 2002/58/CE, précité, p. 6.